

2019-540

Señor
JUEZ DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA - REPARTO
E.S.D

ERIKA PAOLA CONTRERAS GELVEZ, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.098.712.522 expedida en Bucaramanga, acudo a su despacho a solicitarle el amparo constitucional establecido en el artículo 86 de la Constitución Política denominado **ACCION DE TUTELA** contra la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** y la **FUNDACION UNIVERSITARIA DEL AREA ANDINA**, por vulnerar mis derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

HECHOS

1. Con ocasión del desarrollo del Proceso de Selección 438 a 506 de 2017 y 592 a 600 de 2018 – Santander, me inscribí al concurso de méritos organizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil con el fin de ingresar en carrera al cargo de profesional universitario grado 25, del municipio de Bucaramanga – número de opec: 54870.

2. En el marco de dicho proceso de selección, presenté la prueba de competencias básicas, funcionales y comportamentales, cuyos resultandos fueron publicados, habiendo interpuesto oportunamente reclamación (recurso de reposición y en subsidio apelación) contras los mismos, con el fin de cuestionar, en otros aspectos: la falta de proporcionalidad de los componentes, la revisión del nivel de dificultad por haberse excedido, la exclusión de preguntas confusas o mal redactadas, y la revisión de preguntas específicas y la actualización de claves de respuestas.

3. Para efecto de sustentar la reclamación, por así permitirlo el acuerdo de convocatoria al proceso de selección, solicité el acceso a las pruebas, indicando desde ese mismo momento que la exhibición, en garantía a los derechos fundamentales al acceso a la información y al debido proceso debería hacerse, conforme lo precisó el Consejo de Estado por vía de tutela en sentencia del 25 de septiembre de 2019, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2019-01310-01-01, m.p. Jaime Enrique Rodríguez Navas, en las siguientes condiciones:

“garantizar la posibilidad [a cada concursante] de acceder a la información de sus pruebas, bien sea con fórmulas como la constitución de apoderado bajo las medidas de seguridad que considere necesarias, el envío telemático, o incluso, cuando sea necesario, el envío físico, o con los medios que resulten eficaces. (...) definir el mecanismo de consulta teniendo en cuenta que no existe reserva para los concursantes en relación con sus propias respuestas ni, en general, de los cuadernillos de preguntas de pruebas ya practicadas. De modo que la entidad deberá ponderar la razonabilidad del tiempo otorgado teniendo en cuenta los medios por los cuales las personas acuden a informase sobre las preguntas y respuestas de su prueba, y, si es el caso, la forma como se puede registrar digitalmente la información sin desconocer la protección de los derechos a la intimidad de terceros y la seguridad del concurso.

En todo caso, las personas que pretendan registrar la información consultada por medio escrito -no digital-, deberán contar, mínimo, con el mismo tiempo que fue conferido para la realización de las pruebas”

4. Fui citada a la jornada de exhibición de la prueba, para el próximo treinta (30) de noviembre a las dos de la tarde (2:00 p.m.), indicándose que para el efecto, debo “leer previamente el protocolo de acceso al material de pruebas escritas publicado en la página web de la CNSC”, y advirtiéndome de antemano que no podré ingresar ningún elemento o dispositivo móvil o electrónico (celulares, ipod, tabletas, o agendas electrónicas, relojes inteligentes, cámara fotográfica, ni otro medio magnético, etc.) a la sala designada para la consulta de la prueba”.

5. En el protocolo de acceso al material de las pruebas se indica que el tiempo estipulado para la consulta del cuadernillo, la hoja de respuestas y claves de respuestas de la prueba de competencias básicas, funcionales y comportamentales es de dos (2) horas, y que está totalmente prohibido copiar las preguntas y/o opciones de respuestas de las pruebas, so pena de incurrir en violaciones a las disposiciones contenidas en el artículo 46º de los Acuerdos reguladores del Proceso de Selección.

6. Las disposiciones adoptadas con ocasión del citado protocolo de acceso al material de las pruebas, vulnera los lineamientos que ha trazado la jurisprudencia constitucional y el Consejo de Estado en garantía de los derechos fundamentales al acceso a la información y al debido proceso, en cuanto:

* impone que el acceso a la prueba sea personal, sin prever fórmulas como la constitución de apoderados, el envío telemático, o incluso, cuando sea necesario, el envío físico, o con otros medios que resulten eficaces, cuando no sea posible concurrir en la oportunidad señalada por razones de salud o de otra índole;

* desconoce que no existe reserva para los concursantes en relación con sus propias respuestas ni, en general, de los cuadernillos de preguntas de pruebas ya practicadas, impidiendo que se copie el material y con ello, que se carezca del insumo necesario para sustentar la reclamación;

* otorga un tiempo poco razonable para la consulta de la prueba, dado que se limitó la posibilidad de ingresar elementos o dispositivos móviles o electrónicos que permitan registrar digitalmente la información; en este caso, entonces, debió otorgarse el mismo tiempo conferido para la realización de la prueba.

DECLARACIONES

- Tutelar los derechos constitucionales fundamentales a la información, a la defensa, al debido proceso administrativo y a la igualdad de los cuales soy titular.

- Ordenar a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la FUNDACION UNIVERSITARIA DEL AREA ANDINA que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del respectivo fallo de tutela, si aún no lo ha hecho, modifique el protocolo de acceso al material de las pruebas Proceso de Selección 438 a 506 de 2017 y 592 a 600 de 2018 – Santander, conforme los lineamientos que ha trazado la jurisprudencia constitucional y el Consejo de Estado, y en consecuencia:

* se prevean fórmulas como la constitución de apoderados, el envío telemático, o incluso, cuando sea necesario, el envío físico, o con otros medios que resulten eficaces, cuando no sea posible concurrir en la oportunidad señalada, por razones de salud o de otra índole;

* desconoce que no existe reserva para los concursantes en relación con sus propias respuestas ni, en general, de los cuadernillos de preguntas de pruebas ya practicadas, impidiendo que se copie el material y con ello, que se carezca del insumo necesario para sustentar la reclamación;

* otorga un tiempo poco razonable para la consulta de la prueba, dado que se limitó la posibilidad de ingresar elementos o dispositivos móviles o electrónicos que permitan registrar digitalmente la información; en este caso, entonces, debió otorgarse el mismo tiempo conferido para la realización de la prueba

- En garantía de la no discriminación, lo anterior deberá hacerse siguiendo los lineamientos trazados por el Consejo de Estado por vía de tutela en sentencia del 25 de septiembre de 2019, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2019-01310-01-01, m.p. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

- Advertir al representante legal de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la FUNDACION UNIVERSITARIA DEL AREA ANDINA que el incumplimiento a lo ordenado los hará acreedores a la sanción por desacato a que hace referencia el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991

- Todas aquellas que el señor Juez de Tutela considere necesarias.

FUNDAMENTOS DE LA VIOLACIÓN

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política constituye un mecanismo preferente y sumario que procede como el instrumento más eficaz en orden a proteger de manera efectiva e inmediata, los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en casos excepcionales.

Este medio judicial, se caracteriza por ser subsidiario y residual, lo que significa que frente a un caso concreto, procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o cuando a pesar de existir, no resulten oportunos o suficientes para enervar la violación de la prerrogativa fundamental, y evitar así un perjuicio irremediable.

En el caso sub-examine, se procura la protección de los derechos fundamentales alegados, dada la metodología adoptada para exhibir las pruebas aplicadas en el Proceso de Selección 438 a 506 de 2017 y 592 a 600 de 2018 – Santander, del cual participo actualmente, para cuya prosperidad me basaré en los argumentos expuestos por el el Consejo de Estado por vía de tutela en sentencia del 25 de septiembre de 2019, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2019-01310-01-01, m.p. Jaime Enrique Rodríguez Navas

- El derecho a la información en los concursos de mérito

Los concursos de méritos con convocatorias públicas son una expresión del principio democrático según el cual los cargos públicos deben ser ocupados por personas designadas con aplicación de criterios objetivos, en garantía del principio de igualdad desarrollado en el artículo 125 de la Constitución. En este sentido, la Corte Constitucional ha enfatizado la importancia del concurso público como "el mecanismo establecido por la Carta Política para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo"¹.

Como se observa, el principio democrático se concreta, antes que nada, en que los procesos de selección estén gobernados por una normatividad inequívoca y suficiente que permita a sus participantes tener claridad y certeza de las reglas del proceso, de sus etapas y de los mecanismos establecidos para controvertir las decisiones a su interior como una garantía del derecho fundamental al debido proceso. Es decir, que el concurso público debe respetar todas las garantías relacionadas con el debido proceso "lo que implica que se convoque formalmente

¹ Sentencia T-180 de 2015, y en el mismo sentido la Sentencia SU.133 de 1998 y T-556 de 2010

mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal"².

Lo anterior supone unas reglas claras sobre las condiciones de los procesos en cada una de sus etapas que respeten, en general, los derechos de las personas participantes, consagrados en la Constitución y la ley, y, en particular, las reglas específicas de cada concurso, sin perder de vista la lectura de todas las reglas a partir del principio de supremacía constitucional.

Uno de las garantías que deben observarse dentro de estos procesos es la que tiene que ver con las varias dimensiones del derecho de petición, del cual se deriva el ejercicio de otros derechos como el del acceso a la información que, del concurso, soliciten sus participantes. Por ello, la Corte ha indicado que "el derecho de petición es el género y el derecho a acceder a la información pública es una manifestación específica del mismo"³.

Prima facie, toda persona es titular del derecho a acceder a la información pública de conformidad con las reglas que establece la Constitución en los términos de los artículos 20, 23, 74 y 209, y la ley, como una expresión y desarrollo del derecho de petición⁴. La efectividad de este derecho está relacionada con los principios de publicidad, transparencia, buena fe y su limitación de estar debidamente justificada.

Específicamente, el derecho al acceso a la información pública está regulado en la Ley 1712 de 2014, "[p]or medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones". En esta ley se definió el alcance del derecho -artículo 4- en el sentido que indica que "toda persona puede conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados. El acceso a la información solamente podrá ser restringido excepcionalmente. Las excepciones serán limitadas y proporcionales, deberán estar contempladas en la ley o en la Constitución y ser acordes con los principios de una sociedad democrática". Hasta este punto, la disposición es diáfana en el sentido de que el derecho genera la correlativa obligación de los sujetos que administran la información de permitir el acceso.

Acto seguido la misma disposición, en el segundo inciso, se refiere a la obligación adicional de los sujetos obligados de "responder de buena fe, de manera adecuada, veraz, oportuna y accesible a las solicitudes de acceso, lo que a su vez conlleva la obligación de producir o capturar la información pública".

No puede pasar por alto esta Sala que, en todo caso, la ley en comento tiene en cuenta que hay información que puede estar excepcionada, en el sentido de que está sujeta a reserva por razones determinadas, relacionadas con, por ejemplo, el daño que se puede causar a otras personas en su intimidad, seguridad, vida, profesión, industria, etcétera (artículo 18), o por

² Ibidem.

³ Sentencia C-274 de 2013.

⁴ La Corte Constitucional en la sentencia T-605 de 1996, afirmó sobre la relación entre el derecho a acceder a la información en manos del Estado y el derecho de petición: "Interpretando sistemáticamente las distintas normas de la Constitución, esta Corporación ha declarado que el derecho a acceder a documentos públicos está directamente relacionado con el derecho de petición, al ser una manifestación específica del mismo. El derecho de petición es el género, y el acceso a documentos públicos o a determinadas informaciones, es la especie. "Por tanto, esta Sala no comparte la decisión adoptada por el Consejo de Estado, al considerar que el acceso a documentos públicos no es un derecho fundamental, por ser autónomo y no encontrarse regulado por la Constitución dentro del capítulo de los derechos fundamentales. "En relación con este último argumento expuesto por el Consejo de Estado, es necesario recordar que la Corte Constitucional, desde sus primeras providencias ha sostenido que los derechos fundamentales no son sólo aquellos que están consagrados por la Constitución en el capítulo 1 del título 11, que trata 'De los Derechos fundamentales', pues existen otros derechos que no aparecen enunciados allí, pero que, por su naturaleza y contenido, tienen carácter de fundamentales."

daños a los intereses públicos (artículo 19), tal y como lo avaló la Corte Constitucional al realizar la revisión constitucional de la ley en la sentencia C-274 de 2013.

En concreto, debe partirse de que en los casos de los concursos públicos, la misma Comisión Nacional del Servicio Civil estableció que las pruebas tienen un carácter reservado, conforme al Acuerdo No. 20161000000086 de 2016 y el artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

En este contexto, la Corte Constitucional ha establecido que, si bien esta reserva tiene un sustento en la protección del derecho a la intimidad, así como la independencia y la autonomía que se debe prever en virtud del principio de mérito, es preciso distinguir la información y el momento en que tiene aplicación esta reserva. Como lo estableció puntualmente en la sentencia C-108 de 1995, "las pruebas que se aportan durante el proceso de selección son reservadas y sólo pueden ser conocidas por los empleados responsables del proceso. Cosa distinta es que los resultados pueden ser conocidos por todos los aspirantes. (...) se trata de una medida universalmente aceptada en los procesos de selección, y la reserva es apenas un mínimo razonable de autonomía necesaria para la independencia de los seleccionadores y una protección, también, a la intimidad de los aspirantes".

Esto quiere decir que, en tanto que los concursos públicos se desarrollan de manera reglada como un trámite administrativo, tiene plena importancia y aplicación el artículo 29 de la Constitución que garantiza el derecho al debido proceso. Derecho que parte de garantías aplicadas a este trámite preciso, como es el derecho al acceso a la información, pues las personas participantes deben poder, no solo conocer las reglas del concurso, sino también los resultados de sus pruebas como presupuesto de la transparencia del mismo, y, además, como sustento del debido proceso que implica la posibilidad de controvertir las decisiones adoptadas.

Esta protección, en todo caso, no tiene un carácter absoluto, pues el ejercicio del derecho al acceso a la información no puede afectar derechos de otras personas participantes, como a la intimidad, u omitir alguno de los pilares del concurso de méritos que puede depender de que se proteja la reserva. Ello implica que, cuando el derecho al acceso a la información no encuentra esos límites proporcionales, no puede ser conculcado y, de hecho, la Corte ha ordenado que se usen los mecanismos que sean necesarios para tal efecto.

En este orden, cabría esperar que en la normativa de los concursos se establezcan los mecanismos para asegurar estas garantías, y que, en todo caso, en su desarrollo se elimine cualquier barrera jurídica que impida, bajo consideraciones de mero pragmatismo, la efectiva protección del derecho de petición en su manifestación extensiva al derecho al acceso a la información y el derecho al debido proceso.

Bajo tal entendido, el Consejo de Estado, al resolver procesos de tutela relacionados con la solicitud de información en un concurso de méritos, consideró que, si bien las pruebas que se aplican en los concursos de méritos gozan de reserva legal, esta reserva procede únicamente frente a terceros y no, respecto de los participantes cuando se trata de sus propios exámenes. Por lo anterior, dicha reserva no debe reñir con la garantía de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción, cuando el participante solicita la exhibición de las pruebas que presentó, para fundamentar sus reclamaciones ante las instancias competentes para ello.

- De la solución del caso conforme al precedente del Consejo de Estado

El Consejo de Estado al resolver un caso similar concluyó que la entidad que convocó a un concurso de méritos debía establecer las reglas para la consulta de información teniendo en

cuenta que la reserva legal se levanta para cada participante en relación con sus respuestas y sobre el cuadernillo de preguntas toda vez que estas pruebas ya fueron practicadas y no se pondría en riesgo la seguridad y transparencia del concurso.

Asimismo, estableció que "resulta contradictorio que dentro de las reglas de la exhibición se prohíba la captura de la información por la vía digital y, luego se establezca un término perentorio y limitado de consulta documental, término que, resulta insuficiente a efectos de recopilar la información que les interesa y que puede ser determinante para la interposición del recurso de reposición (aquí reclamación). Además, la prohibición para la captura digital de la información, en razón de la reserva legal amerita una seria censura por el hecho de que, como ya se afirmó, la reserva no se extiende para la información de cada participante y tampoco sobre los cuadernillos de las pruebas que ya fueron realizadas.

Sin que las entidades administradoras del concurso ofrecieran explicación de la razonabilidad del término, máxime si se tienen en cuenta las restricciones en el uso de la tecnología ya anotadas y que en todo caso no resultan justificadas en relación con la documentación sobre la que no opera la reserva de ley".

Indicó además que "nada obsta para que cada concursante que solicitó la exhibición de los documentos cuando acuda a tal diligencia por sí mismo o por interpuesta persona, pueda hacerlo por los medios apropiados incluyendo el uso de la tecnología si es el caso, en el entendido de que no opera reserva sobre su propia información ni sobre las preguntas que ya fueron practicadas. Todo lo cual, en cualquier caso, con estricta salvaguardia del derecho a la intimidad de terceros que no han autorizado la consulta y reproducción de su información.

Asimismo, en el caso de aquellas personas que acudan a informarse de la documentación exhibida y que pretendan hacer registro manuscrito, la Sala encuentra que no existe razón para que se limite el tiempo de consulta a un término inferior al que tuvieron para practicar la prueba, la que se llevó a cabo por medio escrito.

En tal orden de ideas, las entidades administrativas deberán ponderar la razonabilidad del tiempo otorgado teniendo en cuenta los medios por los cuales las personas acuden a informarse sobre las preguntas y respuestas de su prueba, tanto como las cuestiones técnicas y de organización que sean necesarias para amparar los derechos fundamentales reclamados en este trámite constitucional".

MEDIDA PROVISIONAL

Atendida la perentoriedad de la fecha de exhibición y que dicha actividad servirá de base para complementar la reclamación, y que esto último sólo podrá hacerse los días dos (2) y tres (3) de diciembre del presente año, como medida provisional se solicita al señor Juez, en procura de evitar un perjuicio cierto e inminente y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a mi favor, se suspenda la aplicación del acto de convocatoria a la consulta o exhibición de las pruebas.

ANEXOS

1. Reporte de inscripción al proceso de selección (1 folio).
2. Copia de la reclamación interpuesta contra los resultados (4 folios).
3. Citación jornada de exhibición a la jornada de exhibición de pruebas (1 folio).

4. Copia del protocolo de acceso al material de pruebas escritas (2 folios).

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Calle 195 A No. 29 – 19 Villas de San Francisco de Floridablanca o al celular 3178909658.

JURAMENTO

Manifiesto bajo juramento que no he interpuesto otra acción de tutela ante otro despacho judicial, por los mismos hechos y por las mismas razones de Derecho

Atentamente,

Erika Contreras

ERIKA PAOLA CONTRERAS GELVEZ

C.C. 1.098.712.522 expedida en Bucaramanga

